

Como citar este artigo:

MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>

EL PRINCIPIO ACUSATORIO ENTENDIDO COMO ESLOGAN POLÍTICO

*Juan Montero Aroca*¹

<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>

RESUMEN

El artículo analiza el concepto del “principio acusatorio”, teniendo en cuenta el escenario de la vaguedad conceptual que impregna este debate. Después de afirmar la ausencia de modelos ideales de procedimientos penales, explicando los intentos de monopolizar la idea de “contradictorio” por la doctrina de los EUA, describe las características de la posición del juez y de las partes en el ámbito jurídico penal acusatorio. Por último, concluye que el llamado “principio de contradicción” y todas las expresiones en las que la palabra “adversarial” será utilizada, es exclusivamente política, dado que la falta de precisión en su sentido jurídico, cuyo contenido debe expresarse como una garantía procesal, pero dejan de representar a todos los sentidos, así como los intentos de su explicación.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento Penal. Principio de Contradicción. Juez. Contradictorio.

ABSTRACT

This paper analyzes the definition of the “accusatorial principle”, considering the conceptual vagueness background that permeates this discussion. After affirming the absence of ideal types of criminal proceedings, revealing the american intent to monopolize the “accusatorial” notion, it will be described the characteristics of the judge’s position and the confrontation between the parties in the criminal field. Therefore, it will be concluded that the named “accusatorial principle” and all the expressions in which appear the word “accusatorial” must be considered only in a political meaning, as it lacks accuracy in its legal sense, which content ought

¹ Catedrático de Direito Processual na Universidad de Valencia. Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

to express itself as a procedural guarantee, but actually represent so many meanings as intents to explain itself.

KEYWORDS: Criminal Procedure. Acussatorial principle. Judge. Confrontation.

I. Introducción: intento enésimo de aclarar un concepto inexistente

El 11 de junio de 1992 dicté una conferencia en el VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, que se celebró en Córdoba (Argentina), y su organizador José I. Cafferata Norez me “impuso” un tema que guardaba relación con el Código Procesal Penal de 1991 de esa provincia argentina: *El principio acusatorio*.² Estaba entonces muy lejos de pensar que aquella “amigable imposición” iba a dar inicio a una serie de publicaciones de las que sólo ahora, casi veinte años después, soy consciente que han ido saliendo, primero, de mi pluma y, luego, de mi ordenador.

No mucho después, en 1994, se celebró en México un seminario sobre *Justicia y Sociedad*, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, es decir, por su entonces director José Luis Soberanes, y con el patrocinio de la Procuraduría General de la República y la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, y en el mismo hube de estudiar, por segunda vez y siempre sujeto a la “amistosa coacción”, el principio acusatorio,³ dando lugar a otra publicación.

Ya entonces, en estos trabajos iniciales, me preocupó, primero, el grave error en que se incurría por la doctrina cuando sostenía de modo reiterado que existen dos sistemas procesales penales enfrentados que se suelen denominar proceso acusatorio y proceso inquisitivo y, después, aparte de preocuparme, me dejó perplejo la indeterminación en esa doctrina y también en la jurisprudencia sobre el significado del llamado principio acusatorio, aparte de la confusión con otros principios procesales.

En estos casi veinte años me visto “vocado” a afrontar varias veces el estudio del sentido del que llaman principio acusatorio, bien en congresos o en coloquios internacionales (como el de Roma de 1999),⁴ bien en libros de carácter general,⁵ bien en

² El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual. In: *Justicia* 92, IV, p. 775-788. Publicado también en *Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio*. VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Córdoba 1993, p. 175-188.

³ *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*. In: el Seminario *Justicia y Sociedad*, México, 1994, p. 525-46; luego en *La Ley*, 21 de enero 1994, p. 1-6; y en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1996, p. 581-600.

⁴ *La incompatibilidad de funciones en el proceso (crítica de la jurisprudencia del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso)*, Ponencia al Coloquio Internacional sobre “Processi di integrazione e soluzione delle controversie: Dal contenzioso fra gli Stati alla tutela dei singoli”, 7-9 de septiembre de 1999, publicada en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 9, 2000, p. 99-123.

⁵ *Derecho Jurisdiccional*, I. Parte General, 9. ed. (con G. Colomer, Montón y Barona), Valencia, 1999, p. 351-374, y *Derecho Jurisdiccional*, III. Proceso Penal, 8. ed. (con G. Colomer, Montón y Barona), Valencia, 1999, p. 11-39.

monografías referidas directamente a los principios procesales⁶ o a materias especiales vinculadas con el llamado principio acusatorio, como es la imparcialidad judicial y la incompatibilidad de funciones en un mismo proceso,⁷ bien en artículos de revista.⁸ Es obvio que algunas de esas publicaciones respondieron a decisiones de carácter más o menos voluntario y otras fueron más o menos cordial y amigablemente impuestas.

Otra ocasión fue el “Congreso Internacional sobre Terrorismo y Proceso Penal” celebrado en la Universidad Jaime I de Castellón, los días 29 a 31 de octubre de 2003, organizado por los amigos Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac;⁹ y aquí volví a la falta de voluntad y a la “imposición basada en el afecto” de los amigos, pero el caso fue que entonces, sin darme apenas cuenta, ya estaba en la octava publicación.

El paso de estos casi veinte años no ha supuesto alivio alguno para mi preocupación inicial, ni desde luego ha terminado con mi perplejidad. Antes al contrario, he ido viendo como la imprecisión conceptual aumentaba y como el esfuerzo dedicado a lograr alguna claridad se perdía en la indiferencia. En alguno de mis trabajos citados, especialmente en los últimos, he estimado oportuno empezar aludiendo a que cuando oigo o leo sobre del principio acusatorio advierto que no se está ya ante una cuestión terminológica, sino ante la imprecisión conceptual de quien está hablando o escribiendo, por lo que el oyente o el lector acaba por no saber cuál es el mensaje que se le quiere transmitir.

No estaba en mis planes volver tratar sobre el llamado principio acusatorio, pero una nueva invitación me llevó otra vez a seguir con la serie. Se trató de la llamada del amigo y discípulo Juan Luis Gómez Colomer, director de las “Jornadas Internacionales sobre Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal”, a celebrar en Castellón los días 23 a 25 de octubre de 2006. Sin su invitación, y sin la deuda que asumo que con él tengo, a lo peor hubiera dado por concluida la serie.¹⁰

Creía que había cumplido la serie de las “obligaciones”, pero ahora el profesor y magistrado Nereu Giacomolli me vuelvo a “imponer” una vuelta a la materia y para la primera revista del Instituto de Derecho Procesal Penal Brasileño. Así después de casi

También *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, 1. edición (con Flors y L. Ebri), Valencia, 1997, p. 14 ss. Estos libros están hoy el *Derecho jurisdiccional* en la 18ª edición de 2010 y las *Contestaciones* en la 5ª edición, de 2010.

⁶ *Principios del proceso penal*. Una explicación basada en la razón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 191 p.

⁷ *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales* (El sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso), Tirant lo Blanch, Valencia 1999, 334 p.

⁸ *El juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)*, en *La Ley*, 16 de febrero de 1999, y después en *Proceso (civil y penal) y garantía*. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad, Valencia, 2006, p. 517 y ss.

⁹ El significado actual del llamado principio acusatorio. In: *Terrorismo y proceso penal acusatorio* (coord. Gómez Colomer y González Cussac), Valencia, 2006, p. 313-337.

¹⁰ La invitación lo fue para dictar la conferencia de clausura en las Jornadas Internacionales dichas y el título “impuesto” fue “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal”.

veinte años he vuelto al principio si bien con una advertencia. Cuando se tienen escritos varios trabajos sobre una materia el lector de la última aportación debe ser consciente de un hecho: No cabe que se produzca una “revolución” sobre lo dicho en los trabajos anteriores; y ese lector es titular de un derecho: El autor no debe limitarse a la mera reiteración de lo antes dicho. Cuando se publican por los menos ocho trabajos sobre una materia lo natural es que el autor, por un lado, mantenga una cierta continuidad en su pensamiento y, por otro, vaya evolucionando en el mismo. Si después de quince años se sigue diciendo exactamente lo mismo que se dijo el primer día la conclusión es evidente: El autor está muerto (científicamente, se entiende), y si el paso del tiempo le lleva a decir exactamente lo contrario de lo dicho antes: Bien se ha producido un caída en el “Camino de Damasco” (lo que debe ser advertido y justificado), bien debe admitirse que lo dicho inicialmente no estuvo suficientemente meditado. Lo inadmisibles sería que se produjeran cambios sustanciales en cada uno de los trabajos publicados, pues entonces no cabría hablar propiamente de falta de meditación sino de frivolidad.

En lo que sigue el lector podrá advertir que sigo vivo (siempre científicamente) y que, dentro de una permanencia esencial del pensamiento, se ha producido la evolución que – creo – puede considerarse lógica en el mismo.

II. Los sistemas de actuación del derecho penal

Aunque sigue siendo un lugar común en la doctrina sostener que teóricamente existen dos sistemas por los que puede configurarse el proceso penal, uno acusatorio y otro inquisitivo, es necesario reafirmar una y otra vez que ello es radicalmente falso, pues no existen dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio,¹¹ sino dos sistemas de actuación del Derecho penal por los tribunales, de los

¹¹ Los caracteres de esos pretendidos sistemas, según una doctrina que los repite sin el menor sentido crítico, son los siguientes: (a) En el sistema acusatorio la jurisdicción se ejerce por tribunales populares, mientras que en el inquisitivo se trata de jueces profesionales y permanentes. (b) Mientras que en el acusatorio la acción penal es popular y su existencia es indispensable para la realización del proceso, en el inquisitivo no existe libertad de acusación, sino que el juez se convierte al mismo tiempo en acusador, asumiendo los dos papeles. (c) Las partes en el sistema acusatorio actúan en contradicción e igualdad, mientras que en el inquisitivo, por un lado, no hay parte acusadora distinta del juez y, por otro, el acusado no es un verdadero sujeto del proceso, sino el objeto del mismo. (d) Si en el acusatorio el juez tiene restringidas las facultades de dirección procesal de la contienda, en el inquisitivo los poderes del juez son muy amplios. (e) En el sistema acusatorio la regla es la libertad del imputado en tanto dura el proceso, mientras que en el inquisitivo impera la prisión provisional o preventiva. (f) Con relación a las pruebas, éstas, en el sistema acusatorio deben ser introducidas por las partes, no por el juez, que carece de poderes autónomos para investigar los hechos, si bien en la valoración de esas pruebas rige el criterio de la libre apreciación por el juez; en el sistema inquisitivo se dan los caracteres contrarios, es decir, el juez investiga de oficio los hechos, aunque luego viene limitado por el criterio de valoración legal o tasada de la prueba. (g) El procedimiento del proceso acusatorio es oral, concentrado y público, mientras que el procedimiento del inquisitivo es escrito, disperso y secreto. (h) Por último, en el acusatorio existe una sola instancia, de modo que la sentencia es inimpugnable, mientras que el inquisitivo consta de dos instancias.

cuales uno es extraprocesal, es decir, en el que no se utiliza el medio que es el proceso, y otro es procesal, esto es, en el que el único medio para aplicar ese Derecho es el proceso.

1 Sistemas inquisitivo y acusatorio

El denominado proceso inquisitivo nunca fue y, obviamente, no es, un verdadero proceso. Si éste se identifica de modo esencial con que ante un tercero, independiente e imparcial comparecen dos partes (y, por lo mismo, parciales) situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, planteando un conflicto para que aquél lo solucione no de cualquier manera sino precisamente tutelando los derechos de esas partes, naturalmente conforme al derecho objetivo, algunos de los caracteres que suelen indicarse como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Evidentemente no hay proceso si el acusador es al mismo tiempo el juez o si éste asume todos los poderes materiales en la dirección de la actividad persiguiendo la llamada verdad material a toda costa, pudiendo, por ejemplo, acordar prueba de oficio, e independientemente de a quien acaben beneficiando éstas.

El llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existen realmente un juez tercero, independiente e imparcial y dos partes enfrentadas entre sí en pie de igualdad y con plena contradicción. Advuértase, sin embargo, que no todos los caracteres que suelen incluirse como propios de ese pretendido proceso acusatorio son necesarios para que exista un verdadero proceso, pues algunos de estos caracteres podrían modificarse, sin que ello impidiera la subsistencia del proceso. Por ejemplo, nada dice respecto de la esencia del proceso el que el juez sea profesional o popular o que el procedimiento sea oral o escrito,¹² pero sí afecta a esa esencia el que el juez sea efectivamente tercero, independiente e imparcial o el que el acusado disponga de todos los derechos propios de la contradicción y que las partes estén en igualdad de condiciones.

Así las cosas, creemos que se puede afirmar que los llamados sistemas procesales penales son conceptos carentes de todo rigor técnico procesal, por lo que es necesario dejar muy claro que en determinadas épocas históricas el Derecho penal no lo aplicaban en exclusiva los tribunales y que en otras lo aplicaron los tribunales pero no por medio del proceso, y hay que proclamar como conquista de la civilización la garantía jurisdic-

¹² Desde un punto de vista teórico que parta de la claridad conceptual es evidente que no afecta a la naturaleza procesal de un sistema el que el exista o no jurado o el que el procedimiento sea o no oral. Es cierto que para la doctrina de los Estados Unidos sólo cabe hablar de sistema “adversarial” o de proceso acusatorio si el proceso acaba haciéndose ante un jurado y de modo oral, pero debe insistirse que si solo hubiera proceso acusatorio cuando existe jurado, la mayor parte de los sistemas del mundo no serían procesales. De la misma manera, puede existir perfectamente un proceso con todas las garantías que sea escrito, como demuestra la historia. Una cosa es afirmar la preferencia por la oralidad y otra negar a la escritura el pan y la sal. Peor todavía es creer (como acto de fe y conocimiento de lo que sucede en otros países y sistemas jurídicos que lo propio es, no sólo lo mejor, sino lo único que responde a una sociedad libre.

cional entendida correctamente, esto es, asunción del monopolio del *ius puniendi* por los tribunales y exclusividad procesal de su ejercicio.

Toda la confusión entre proceso inquisitivo y proceso acusatorio nace de la falta de precisión conceptual en torno a lo que es proceso, pues sólo desde esa imprecisión ha podido concluirse que un sistema de aplicación del Derecho penal tal y como se describe en las reglas básicas del inquisitivo pueda ser calificado de procesal. “Proceso inquisitivo” es una *contradictio in terminis*, mientras que “proceso acusatorio” es un pleonismo, esto es, una redundancia viciosa de palabras; el calificativo acusatorio no añade nada a la palabra proceso, por lo menos si ésta se entiende correctamente.

Una de las garantías constitucionales que ofrece el sistema jurídico de los países en los que puede hablarse de sociedad libre es la de que la pena sólo se aplica por los tribunales y precisamente por medio de un verdadero proceso. Esa garantía, obviamente, no puede significar que el proceso penal se iguale con el civil, pues siendo los dos *proceso como categoría jurídica* en sentido estricto, es decir, cumpliendo los dos el requisito básico de enfrentamiento de dos partes parciales en régimen de contradicción e igualdad ante un juez tercero, independiente e imparcial, han de existir algunas diferencias en algunos de los principios conformadores, por ejemplo en la disponibilidad de los derechos subjetivos en juego, aunqueno es del caso desarrollarlos aquí.

2 El intento de monopolio de la idea de proceso acusatorio

Por si faltara algo las cosas se complican más, si cabe, cuando se advierte que la confusión conceptual viene propiciada por el hecho de que desde el sistema procesal penal de los Estados Unidos o, mejor, desde la doctrina dominante de ese país, se pretende monopolizar la idea de proceso acusatorio o si se prefiere de sistema que se llama “adversarial”. Y lo más preocupante es que la doctrina europea, salvo contadas excepciones, ve ese sistema desde la fascinación o desde el papanatismo (que no es más que la actitud que consiste en admirar algo o a alguien de manera excesiva, simple y poco crítica) y está dispuesta a asumir algo que, sin embargo, no ha acabado de entender.

Es obvio que un sistema como el norteamericano es muy difícil de entender en su totalidad para quien está “pensando” desde el sistema continental europeo pero, si he entendido bien ese sistema se trata básicamente de que:

- a) Reparto de los papeles a los intérpretes del drama que es el proceso de modo que:
 - 1) El juez, aparte de que no instruye, adopta una actitud neutral en el debate que realizan las partes ante el jurado; éste, integrado por jueces legos, es realmente la piedra base de todo el sistema. Aunque no se reconoce paladinamente lo que los juristas norteamericanos están diciendo en el fondo es que no hay proceso si no se realiza ante el Jurado, y por ello el papel del juez profesional se limita a ser árbitro neutral.

- 2) El fiscal asume, por un lado, la investigación de los hechos (convirtiéndose en director de la policía) y, por otro, tiene el monopolio de la acción penal, por lo que en el juicio oral es el acusador único, lo que implica además una amplia disposición de la existencia del delito y de la consecuencia del mismo, la pena.
 - 3) El abogado defensor asume la defensa del acusado y lo hace de modo integral. Naturalmente hay diferencias muy importantes según ese abogado sea designado y pagado por el imputado o el mismo sea un defensor público pagado con cargo a algunas de las entidades públicas (Estado o Federación), a pesar de que esas diferencias prácticas no siempre se reconocen por la doctrina norteamericana.
- b) En el ejercicio de los papeles se trata básicamente de que las partes en el proceso, el fiscal y la defensa, deben actuar conforme al que podemos llamar principio de igualdad de armas, y de ahí cabe referirse a todo un conjunto de principio o reglas conformadoras que van desde la oralidad y la publicidad, hasta la exclusividad de las partes en la proposición de medios de prueba, pasando por la presunción de inocencia, principios o reglas que no son, desde luego, ni conceptos ni garantías ajenos a la europea concepción, pero que se presentan por la doctrina norteamericana como algo propio de “su” proceso, como si en todos los demás países, es decir, en los nuestros, no hubiera realmente un “proceso debido” o un “proceso justo”.

Lo preocupante de todo esto es que desde esa doctrina norteamericana acaba entendiéndose que el suyo es el único modelo, no ya acusatorio, sino el único admisible desde un régimen de libertad. Por ello concluye descalificando, por ejemplo, a los sistemas procesales penales en los que existe un juez de instrucción que realiza la investigación y ello a pesar de que ese juez no actúe jurisdiccionalmente y sea distinto del juez que luego presidirá el juicio oral. Naturalmente cuando el tribunal no es un jurado se concluye que el sistema de cualquier país, sin más distinciones, es inquisitivo e inadmisibles desde las bases constitucionales de su sistema.

Parece claro que, como en otros aspectos, la doctrina jurídica de los Estados Unidos carece de precisión conceptual, pues lo que acaba afirmando es que con las expresiones relativas a sistema “adversarial” o acusatorio se está denominando a su propio sistema, el cual es el único admisible, siendo todos los demás calificados de inquisitivos y por ello de inadmisibles. En esa imprecisión está siendo seguida por parte de las doctrinas europeas e iberoamericanas, las cuales están asumiendo palabras o expresiones típicamente norteamericanas (caso de “proceso debido”, de “proceso justo” o “limpio”) y a veces llevándolas incluso a las constituciones, con los riesgos que implica el uso de palabras o expresiones carentes de un verdadero sentido técnico jurídico, pues han nacido en un sistema “práctico”, alejado del contenido conceptual científico.

III. La conformación del juez y el llamado principio acusatorio

Los principios básicos de la conformación del juez en el proceso penal, en cualquier sistema en que se trate realmente de la aplicación de las penas por medio del proceso, no pueden ser distintos de esos mismos principios referidos al proceso civil.

1 Identidad de los principios de la conformación del juez

Entre los diversos procesos no pueden darse diferencias en esos principios, pues los mismos se refieren nada menos que a garantías esenciales de los ciudadanos ante el Poder Judicial. Por ello la unidad jurisdiccional, la exclusividad, el juez legal o predeterminado, que son los principios políticos de la jurisdicción, y los principios de imparcialidad, independencia, inamovilidad y responsabilidad, que son los determinantes del estatuto personal de los jueces,¹³ se aplican a todos los jueces y no pueden guardar relación con clases o tipos de procesos. Los principios de la jurisdicción y los propios del juez son anteriores a la misma referencia a la noción de proceso; desde ellos no cabe admitir diferencias atendiendo a procesos concretos.

Por poner un ejemplo. El principio del juez predeterminado por la ley, tanto en lo relativo a la conformación de los órganos a los que se dota de potestad jurisdiccional, como respecto de su consideración de derecho fundamental de las personas, no puede referirse a la actuación de un específico derecho material en el caso concreto, aunque sea cierto que cuando ese Derecho es el penal, el principio y el derecho adquieren una relevancia especial dados los intereses que entran en juego, si bien lo mismo puede vulnerarse ese derecho en un proceso penal que en otro civil.

En los últimos tiempos hemos asistido, respecto del proceso penal, a movimientos manifiestamente contradictorios, consecuencias de la incertidumbre conceptual en torno al modelo a seguir para regular ese proceso. De esos movimientos pueden destacarse dos:

- 1) Por un lado, e inicialmente, la mayor parte de los principios y reglas conformadoras del órgano jurisdiccional y del proceso penal pretendieron centrarse en el llamado principio acusatorio, habiendo adquirido éste tal fuerza expansiva que, a la postre, acabó por carecer de verdadero contenido específico, y así al querer significarlo todo ha acabado por no tener un significado preciso.

¹³ Sobre todos esos principios puede verse el ya citado *Derecho jurisdiccional*, I. Parte General, pero ahora 14 edición, Valencia, 2005, p. 64 y ss. Naturalmente el intento de explicar los principios base de la jurisdicción y de los jueces no puede referirse en nuestro sistema al jurado, pues el mismo, atendido lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución, no es el órgano judicial ordinario en el enjuiciamiento penal. Otra cosa es que alguno de los principios sean aplicables a las personas que integren el Jurado.

- 2) Después, y por otro lado, el fracaso de la anterior imprecisión, ha llevado a querer referir el principio exclusivamente a la conformación del órgano jurisdiccional y de este modo se ha referido a garantías procesales que a veces no guardaban relación alguna con aquella conformación, pues partían de otra manifiesta imprecisión en torno al significado de las garantías propias de la conformación del órgano judicial. Finalmente, después de todo, pareciera como si el llamado principio se hubiera querido referir a la imparcialidad judicial, si bien también aquí no se ha precisado lo que es propio de esa imparcialidad y lo que afecta a la incompatibilidad de funciones en el proceso.

Por todo ello creo que lo procedente hubiera sido advertir algo tan elemental y propio de la noción de proceso como que éste sólo puede existir si el juez no asume funciones propias de las partes acusadoras (ni de la defensa, obviamente), pues esa asunción es contraria, no ya a la imparcialidad, como se asegura, sino a la propia esencia de lo que es el proceso. Si el juez es al mismo tiempo el acusador o el defensor (o las tres cosas) no existe proceso. No inútilmente se decía ya por autores del proceso común, bien que “*judicium accipitur actus ad minus trium personarum: actoris intendentis, rei intentionem evitandis, judicis in medio cognoscentis*” (BÚLGARO), bien que “*sicut in causa civili, exiguntur tres personae scilicet actoris et rei et judicis, ita criminalibus tres exiguntur scilicet accusantis, accusati et judicis*” (BERNARDO DORNA). De la misma manera si se entiende que el juez puede de oficio llegar a suplir la actividad de la defensa del acusado, como pretendía Benedikt Carpzov ya en el siglo XVII, también se está desconociendo lo que es el proceso.

Dando un paso más debe tenerse en cuenta, también, que la manera de conformar el proceso exige imponer una rigurosa incompatibilidad entre algunas funciones, de modo que un único juez y dentro de un proceso no puede asumir funciones incompatibles entre sí. Explico seguidamente el sentido de estas dos reglas básicas.

2 La imposibilidad de asumir la función de acusar (El que juzga no acusa)

Se corresponde con la misma noción de proceso que tiene que existir, además del acusado, por lo menos una persona (parte y por ello parcial) que acuse y que esa persona no puede ser el juez. La distinción entre parte acusadora y juez no es algo propio de una clase de proceso (del llamado proceso acusatorio frente al inquisitivo), sino que atiende a la esencia misma del proceso.¹⁴ La distinción entre acusador y juez se manifiesta en dos consecuencias:

¹⁴ Por razones históricas se atiende a la distinción entre acusador y juez y no se suele aludir a que el juez no puede asumir tampoco la defensa, pero la regla conformadora del proceso debería enunciarse realmente como que quien juzga no puede ser ni acusador ni defensor (no ni acusado como se dijo por cierto autor español, para el que el sistema inquisitivo se basaba en que una misma persona no podía ser juez, acusador y reo;); en realidad se trata de que quien juzga no puede asumir el papel propio de la parte.

A) Juzgar y acusar son funciones diferentes

La primera consecuencia puede enunciarse brevemente así: No puede haber proceso si no hay acusación y ésta ha de ser formulada por persona distinta de quien ha de juzgar. Estamos ante algo obvio, pues no existe verdadero proceso si se confunden los papeles de juez y de acusador, y lo es tanto que esta elemental consideración es la que ha llevado a que el Estado se desdoble en el proceso penal, de modo que, por un lado, actúa como acusador (Ministerio Fiscal) y, por otro, como decisor (juez o tribunal). Es tan elemental esta consecuencia que ni siquiera existe una norma constitucional que la recoja expresamente. Al decidirse políticamente que el Derecho penal se actúa por los tribunales y por medio del proceso, está ya implícito que los papeles de acusador y juez no pueden confundirse en una única persona; si hay proceso es porque hay dos partes parciales y un tercero imparcial.

He venido sosteniendo hasta ahora que no puede confundirse esta regla de que no hay proceso sin acusación con aquella otra que podría enunciarse como que no puede haber condena sin acusación. De entrada hay que sostener que se trata obviamente de cosas diferentes, pero a partir de ese punto debería tenerse en cuenta que: (1) No existe un derecho de los acusadores (sean estos públicos o privados) a que se imponga una pena al acusado;¹⁵ y (2) No existe en el proceso penal una verdadera pretensión.¹⁶ Estas dos consideraciones podrían llevar a concluir que, una vez formulada la acusación y realizado el juicio con la práctica de la prueba:

- 1ª) Bien que la ley ordene expresamente que por el Fiscal «no podrá desistirse de la acción pública después de la apertura del procedimiento principal», que es lo que dice el parágrafo 156 de la *Strafprozessordnung* alemana.

¹⁵ La regla general consiste en que la voluntad del particular no puede ser determinante a la hora de la aplicación del Derecho penal y, por tanto, que la persecución de los delitos “públicos” no dependerá de la voluntad del ofendido o perjudicado por los mismos, ni que su perdón extinguirá la responsabilidad penal. Más aún, debe afirmarse que no existe una relación jurídico-material penal en la que sean partes los que han intervenido en el hecho delictivo, bien como autor, bien como víctima. El ofendido o perjudicado por el delito no es titular, ni puede afirmar que lo sea, de un derecho subjetivo a que al autor del mismo se le imponga una pena, por cuanto tal negado derecho subjetivo supondría la titularidad del *ius puniendi*. Este corresponde sólo al Estado; al ofendido o perjudicado únicamente puede reconocerse la facultad o, si se quiere, el derecho de promover el ejercicio por el Estado de ese derecho a castigar. En el mismo sentido puede sostenerse que al Estado, y en su representación al Ministerio Fiscal, tampoco se le atribuye semejante derecho, de modo que el Fiscal no es el titular del denominado *ius puniendi*, pues éste corresponde sólo al Estado en tanto que actúa por medio del juez.

¹⁶ Lo que se está diciendo es que en el proceso penal no existe una verdadera pretensión punitiva, entendida ésta como petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, contra una persona y relativa a la imposición a ésta de una pena. En el proceso penal su objeto lo determina solo el hecho imputado (se entiende referido a una persona determinada), no sirviendo para determinar ese objeto ni la calificación jurídica ni la pena. Esto supone que no existe una verdadera pretensión punitiva como objeto del proceso penal. Pueden verse mis *Contestaciones al programa de derecho procesal penal para acceso a las carreras judicial y fiscal*. 4. ed. (con Flors y López Ebri), Valencia, 2003, p. 160 ss.

- 2^a) Bien que la petición de absolución hecha por el Ministerio Fiscal, o la retirada de la acusación, sean irrelevantes para el tribunal, el cual podrá dictar sentencia condenatoria, como dispone el Código de Córdoba (Argentina).

Desde ahora estimo que es más correcto, desde la perspectiva del proceso como garantía, establecer estas dos reglas:

- 1^a) Dado que el enjuiciamiento penal se ha convertido en un verdadero proceso debe estarse a lo que es propio de éste, de modo que no podrá existir condena si no existe acusación.
- 2^a) Dado que no puede admitirse que se conceda al acusador, sea cual fuere éste, el derecho subjetivo a la imposición de la pena, la consecuencia debe ser que, iniciado el juicio oral, el Ministerio Fiscal no puede desistir de la acusación o, si prefiere, no puede retirar la acusación, por cuanto ese desistimiento o retirada equivaldrían a asumir que el *ius puniendi* lo tiene el Fiscal y no el Tribunal.

A la parte acusadora particular o privada no puede imponérsele en la ley que una vez formulada la acusación e iniciado el juicio oral mantengan esa acusación, pero ello sí puede hacerse con el Fiscal. Una norma como la del parágrafo 156 de la *Strafprozessordnung* alemana aúna las dos consideraciones anteriores, y tiene la ventaja de que no se pone en riesgo ninguno de los requisitos de la actuación del órgano judicial, ni para la incompatibilidad de funciones, ni para la imparcialidad.¹⁷

B) *El acusador fija el objeto del proceso*

La segunda consecuencia es también obvia: No puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada. El concepto clave a tener en cuenta aquí es el relativo al objeto del proceso penal y a quién lo fija.¹⁸ Ese objeto lo constituyen, sin duda, unos hechos que se imputan a una persona determinada, de modo que:

¹⁷ Para la doctrina norteamericana esta posibilidad convierte al proceso en inquisitivo, dicho en su terminología, puesto que la misma parte de que el Fiscal tiene la disponibilidad de las consecuencias del delito, lo que se consagra en su amplio margen de discrecionalidad en la acusación que lleva a la oportunidad. El sistema que se llama “adversarial” tiene consecuencias inadmisibles como es la de que el Fiscal, órgano político, decide si se acusa y a quien se acusa, y en cualquier momento puede tanto no acusar como aceptar cualquier pacto con el acusado.

¹⁸ Aquí reitero la remisión a mi aportación a *Contestaciones al programa de derecho procesal penal para acceso a las carreras judicial y fiscal*. 4. edición (con Flors y L. Ebri), Valencia, 2003, p. 160 ss. Debe tenerse en cuenta que también tradicionalmente por razones históricas se ha centrado la regla en el objeto del proceso, que es lo que determina el acusador, pero de la misma manera debe sostenerse que el juez no puede aportar hechos relativos a la defensa del acusado, hechos que no determinan el objeto del proceso, pero sí el objeto del debate.

- 1º) La imposibilidad de que el juez sea, al mismo tiempo, el acusador supone que el juzgador no puede determinar qué hechos son los que se imputan ni a que persona se imputan, pero la calificación jurídica de los mismos ha de quedar sujeta a la regla *iura novit curia*; veremos luego las exigencias de la calificación jurídica desde la perspectiva del principio de contradicción, pero aquí, cuando se habla de ese pretendido principio acusatorio y de la imposibilidad de asumir la función de acusar, la única conclusión posible es la de que la regla *iura novit curia* tiene que aplicarse en todos los procesos, y por tanto, también en el penal.
- 2º) La situación puede ser diferente respecto de la pena concreta a imponer atendiendo, por un lado, a la imposibilidad de asumir las funciones de acusar y de juzgar y, por otro, a la vigencia del principio de legalidad penal, pues se trata entonces de cuestionarse si debe darse preponderancia a una u otra de estas dos consideraciones:
 - 1º) El llamado principio acusatorio -aunque realmente la idea de proceso, con la imposibilidad de que un intérprete del drama asuma dos papeles en el mismo- pudiera pensarse que significa la necesidad de que los acusadores vinculen al juez también en la pena; el juez no podrá imponer pena superior ni distinta a la solicitada, pudiendo, como es obvio, imponer pena inferior o no imponer pena alguna, pero no imponer pena inferior a la aceptada por el acusado.
 - 2º) El principio de legalidad penal no podría consentir que al acusado se le impusiera, desde luego una pena superior a la prevista legalmente, pero tampoco una pena inferior sólo porque los acusadores hagan petición inferior, pues ello supondría que esos acusadores disponen de la pena, y ello a pesar de que los mismos no tienen disposición alguna sobre las consecuencias del delito. Especialmente en los países en que el Fiscal tiene el monopolio de la acusación penal, y en los que ese Fiscal depende, como es habitual, del Poder Ejecutivo, acabaría resultando que este Poder podría disponer de lo indisponible y asumiría de hecho el *ius puniendi*.

Como puede comprobarse se está ante una alternativa en la que las dos opciones tienen ventajas y desventajas muy claras; asimismo la elección de una u otra de las opciones se basará en una decisión política. Lo que no podrá decirse es que si se opta por la segunda opción, y se respeta la contradicción como veremos después, se está vulnerando garantía alguna de las que hacen a la defensa del acusado. Más aún, como es sabido en los países que se dice que tienen un proceso plenamente acusatorio el juez no está vinculado por la petición de pena que haga la parte acusadora; este es el caso de Inglaterra y de los Estados Unidos, en los que una vez que el Jurado se ha pronunciado sobre la culpabilidad del acusado, el juez decide sobre la pena oyendo antes a las partes,

pero sin estar vinculado por las peticiones de ésta, las cuales realmente no “piden” sino que “ilustran” al juez sobre la pena.¹⁹

3 La incompatibilidad de funciones en el proceso (Quien instruye no juzga)

El sistema propio de la codificación en los países europeos se basó en la distinción entre juez instructor de la causa, competente para la formación del sumario o procedimiento preliminar, y juez decisor o sentenciador, que debía conocer del juicio oral y dictar sentencia. Esta distinción atendía a la incompatibilidad de funciones dentro de un mismo proceso, incompatibilidad referida a instruir (investigar los hechos para preparar el juicio oral) y a juzgar (verificar los hechos en el juicio oral para decidir), entendiéndose que una misma persona no podía asumir las dos, pues ello supondría, realmente, no ya desconocer lo que es el proceso, pero sí negar la esencia misma de la manera de conformar el proceso penal en los sistemas jurídicos propios de la Europa del siglo XIX.

La regla de que quien instruye no juzga se deriva de la incompatibilidad de funciones en el proceso y no guarda relación alguna con una pretendida imparcialidad objetiva del juez. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido (caso *De Cubber*, en sentencia de 26 de octubre de 1984) que la actuación como juez en el tribunal sentenciador de quien había sido instructor de la causa suponía la infracción del derecho a un juez imparcial, y el Tribunal Constitucional español siguió, básicamente en la STC 145/1988, de 12 de abril, por ese camino de la imparcialidad, a pesar de que es manifiesto que el haber instruido no afecta a la imparcialidad (que es siempre subjetiva, aunque se hace objetiva en las causas de abstención y de recusación) sino a la incompatibilidad de funciones dentro de un mismo proceso.

El que un juez haya instruido no supone que el mismo tenga “interés” en que la sentencia se dicte con un contenido determinado; el instruir no afecta a la parcialidad (esto es, a decidir con prevención a favor o en contra de una de las partes), sino que comporta la realización de dos actividades que son incompatibles atendida la forma de regular el proceso. El haber investigado (actividad investigadora) los hechos, no permitirá al juez limitarse después, y ya en el juicio oral, a verificar (actividad verificadora)²⁰ los mismos, y precisamente con los medios de prueba propuestos por las partes, pero ello no guarda relación con la parcialidad, sino con la regla de que la sentencia se dicta

¹⁹ Esta es una manifestación evidente de que en el proceso norteamericano la doctrina determina lo que integra el llamado “adversarial system” según la conviene y sin coherencia interna alguna, aparte de sin precisión conceptual y sin un sistema verdaderamente claro, pues si el proceso fuera exclusivamente una cuestión de partes tendrían que ser éstas las que vincularan al juez por lo menos en la determinación de la pena. Es absurdo un sistema en el que se dice, por un lado, que el juez debe ser neutral entre las partes y, por otro, que es él quien fija la pena sin atender a las peticiones de las partes y estando sólo a lo dispuesto en la ley.

²⁰ La investigación supone ir a la búsqueda o descubrimiento de hechos desconocidos, mientras que la verificación parte de la existencia de afirmaciones de hechos realizadas por otra u otras personas. La investigación presupone el desconocimiento; la verificación implica que alguien ha afirmado unos hechos; puede verse mi libro *La prueba en el proceso civil*, 4. edición, Madrid, 2005, p. 39 ss., aunque verse sobre el proceso civil.

sobre las pruebas practicadas en ese juicio oral y no con el resultado de los medios de investigación sumarial.²¹

A estas alturas no hace falta insistir en que la doctrina norteamericana no ha entendido la diferencia entre instruir y decidir y de ahí su incompreensión de la idea del juez instructor, incompreensión que la lleva a sostener, de modo claramente negador de la realidad, que un sistema en el que un juez instruya es siempre un sistema inquisitivo. De ahí también que la pretensión formulada por algunos de que en el Derecho español instruya el Fiscal por así exigirle el llamado principio acusatorio, parte de desconocer que la instrucción o investigación no puede tener sólo por objeto fundamentar la acusación, pues esa instrucción o investigación debe servir también para fundamentar la defensa.

IV. La conformación de las partes y el principio de contradicción

Un pretendido principio acusatorio no debe confundirse con el real principio de contradicción, pues uno y otro atienden a aspectos distintos del proceso. El primero, en todo caso, podría entenderse que sirve para conformar al juez; el segundo se refiere a la actuación de las partes. Respecto de ellas el proceso, siempre por esencia, presupone la existencia de dos partes parciales (dualidad de partes), que han de actuar de modo enfrentado entre sí (en contradicción) y sin que resulte favorecida algunas de las posiciones (igualdad) ni por la ley (en abstracto) ni por el juez (en concreto).

El principio de contradicción tiene plena virtualidad cuando se le considera como un mandato dirigido por el legislador constitucional al legislador ordinario para que éste regule el proceso partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional, mientras que el derecho de defensa se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente: (1) En la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial; y (2) En que las partes conozcan y puedan rebatir sobre todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.

Insistimos, pues, en que correctamente entendidos el supuesto principio acusatorio y el real principio de contradicción es manifiesto que, en todo caso, podrían referirse a aspectos distintos de la actuación del Derecho penal en el caso concreto; el primero atendería al juzgador, el segundo a las partes. El llamado principio acusatorio no es un

²¹ En general puede verse la obra citada *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales (El sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso)*, cit., y en especial *El juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)*, en *La Ley*, 16 de febrero de 1999, y después en *Proceso (civil y penal) y garantía*. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad, Valencia, 2006, p. 517 ss.

principio procesal en sentido estricto, por lo menos de modo directo, en cuanto que, en todo caso, podría referirse principalmente al modo de conformar el órgano jurisdiccional, a quien debe juzgar, aunque comprendiera también sus facultades ya en el proceso; el de contradicción es esencialmente un principio procesal, dado que su contenido afecta, estrictamente hablando, al modo de conformar el proceso, a las facultades de las partes ya y siempre en el proceso.

1 Derecho fundamental de defensa

Cuando se habla del derecho de defensa o de audiencia se está haciendo referencia a la consideración del principio de contradicción desde la perspectiva de un derecho fundamental de las partes en el proceso, que se articula mediante toda una serie de garantías, que en la mayoría de los países han adquirido rango constitucional. En el examen de esta perspectiva hay que atender a:

A) *Sujetos afectados*

A pesar de las palabras que suelen utilizarse, es evidente que el derecho de audiencia o de defensa se reconoce a todas las partes del proceso, y no sólo al acusado, pues la prohibición de indefensión puede y debe referirse a todas ellas. Está claro que los problemas se han centrado históricamente en el acusado, y de ahí que el brocardo (“nadie puede ser condenado sin ser oído”) aluda al “condenado”, pero la defensa o audiencia se reconoce a todas las partes, lo que adquiere mayor sentido cuando no tiene el monopolio de la acusación el Ministerio Público.

Cuando el Fiscal monopoliza legalmente la acusación, y en el esquema constitucional se entiende que actúa representando al Estado contra el acusado, es difícil hablar de que aquél sea titular del derecho de defensa, pues él asume todos los medios de que dispone el Estado para la persecución de los delitos, siendo el proceso un medio para limitar el poder de éste. Nada impide, con todo, considerar que es teóricamente posible que el tribunal impida que la acusación pública ejercite alguna de las facultades que la ley le permite y entonces podría hablarse de la vulneración del “derecho de defensa” del Fiscal. Por el contrario, cuando se admite la existencia de otros acusadores la situación es mucho más clara, pues estos acusadores también deben tener todos los derechos procesales propios de la condición de parte.²²

²² Una de las miserias típicas del proceso penal de la mayoría de los países occidentales es que en ese sistema el Ministerio Público ha asumido el monopolio de la acción penal, de modo que él es el único acusador, sin que puedan convertirse en parte acusadora ni el ofendido ni el perjudicado por el delito y, desde luego, queda excluido el ciudadano sin más. Este es momento apropiado para recordar lo que decía PLUTARCO, *Vidas paralelas, Solón*, XVIII, in fine: “Se preguntaba Solón: ¿Cuál es la ciudad mejor regida? Y se respondía: ‘Aquella en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa.’” Y añadía Plutarco: “Concedió indistintamente a todos el poder presentar querella en nombre del que hubiese sido agraviado; porque herido que fuese cualquiera, o perjudicado o ultrajado, tenía derecho el que podía o

B) *Contenido del derecho*

El contenido esencial del derecho se refiere a la necesidad de ser oído, que en el proceso penal no se cumple simplemente ofreciendo a las partes la posibilidad real de ser oídas, sino que exige, primero, la existencia efectiva de un acusador y, luego, la presencia del acusado en la segunda fase o de juicio oral. Si el procedimiento preliminar puede realizarse estando el imputado en rebeldía, en el verdadero juicio, en la segunda fase o de juicio oral, la rebeldía del acusado tiene que suponer la no realización del mismo. La presencia del acusado es para el tribunal un deber ineludible y para aquél un derecho no renunciabile, dado que tiene la consideración de fundamental.

- a) El ser oído no puede suponer simplemente la posibilidad de argumentar, sino que ha de comprender los dos elementos básicos de todo proceso: alegar y probar. Se trata de que tanto el acusador como el acusado han de poder afirmar en el proceso todos los hechos que estimen adecuados al objeto del mismo (alegación) y han de poder utilizar todos los medios de prueba legales, pertinentes, útiles y lícitos para probar los hechos por ellos afirmados (prueba).
- b) Junto a lo anterior el contenido esencial se refiere también a que las partes han de conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial:
 - 1º) De hecho: Cada parte ha de tener la posibilidad real de conocer los materiales de hecho afirmados por la contraria y de poder alegar en contra de ellos; si pudiera existir una alegación de parte que se mantuviera secreta para la otra, se estaría ante uno de los supuestos más claros de vulneración del derecho de audiencia, tanto que podría hablarse de indefensión. No se trata ya simplemente del derecho a ser informado de la acusación, que es propio sólo del acusado, sino del derecho a conocer todos los materiales de hecho, que es propio de todas las partes en el proceso.²³

quería de citar o perseguir en juicio al ofensor; acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo.” Uno de los aciertos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, aún vigente, es reconocer la posibilidad de las acusaciones particular (ofendido y perjudicado por el delito) y popular (cualquier ciudadano).

²³ Es obvio que esta parte del derecho de defensa no atiende propiamente al derecho a ser informado de la acusación formulada contra él, al que se refiere, por ejemplo, el artículo 24.2 de la Constitución española como derecho autónomo, pues se trata de derechos diferentes. El derecho a ser informado de la acusación, en la situación actual de las garantías de las partes en el proceso penal, debe referirse de modo más claro (pero no único) a la fase de sumario o preliminar del proceso, de modo que la imputación dirigida contra una persona exige que ésta tenga conocimiento completo de lo que se imputa. En la fase de juicio oral no se trata ya simplemente de estar informado de la acusación, sino de algo más, de algo consistente en que se deben conocer todos los materiales de hecho afirmados por la parte contraria y en que se puede alegar en contra de ellos, derechos concretos que se integran en el general derecho de defensa y que corresponde, desde luego y de modo especial al acusado, pero realmente a todas las partes en el proceso.

- 2º) De derecho: Así como los hechos en el juicio oral han de ser afirmados por las partes, los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial puedan haber sido aducidos por las partes o pueden proceder de la aplicación de la regla *iura novit curia*, pero en los dos casos las partes, primero, han de tener conocimiento completo de los elementos jurídicos que pueden tenerse en cuenta a la hora de la sentencia y, luego, han de tener la posibilidad de aducir en torno a los mismos, a favor o en contra.

Dijimos antes, al atender al contenido del pretendido principio acusatorio y a la imposibilidad de que el juez asuma la función de acusar, que la calificación jurídica de los hechos debe quedar sujeta a la regla *iura novit curia*, y nos remitimos entonces a lo que teníamos que decir sobre el principio de contradicción. Ahora lo que estamos diciendo es que la posibilidad misma de que el juez no se sujete a la calificación de las partes exige que éstas tengan, primero, conocimiento pleno de la existencia misma de la “tercera opción” y, después, la posibilidad real de aducir en torno a la aplicabilidad de la misma. Lo que importa, pues, no es si la calificación “tercera” o del tribunal se refiere o no a un delito homogéneo o de la misma naturaleza (a pesar de que en este sentido se ha pronunciado en España la jurisprudencia constitucional y penal), sino a si se ha respetado el derecho de defensa. El caso de Italia es muy significativo; conforme al artículo 521 del *Codice di procedura penale*, relativo a la correlación entre la imputación negada y la sentencia, el juez en la sentencia puede dar al hecho una calificación jurídica distinta de la enunciada en la calificación de la acusación, aunque para ello debe respetarse el principio de contradicción o, mejor el derecho de defensa de todas las partes. De la misma manera según el parágrafo 265 (1) de la StPO alemana el acusado no podrá ser condenado con base a una ley penal distinta a la citada en la acusación sin que previamente se le advierta de la modificación de punto de vista jurídico y se le de oportunidad para defenderse.

El derecho fundamental puede verse también desde una vertiente negativa, y a ella se alude cuando se habla de la interdicción de la indefensión, advirtiéndose que ésta se produce cuando se impide a las partes ejercitar su derecho fundamental, tanto en el aspecto de alegar y probar como en el de conocer y rebatir y, por tanto, que no toda infracción de norma procesal supone colocar a una de las partes en situación de indefensión.

2 Principio de contradicción

Cuando se habla de este principio se está haciendo referencia más bien a un modo de organizar el proceso en el que se respete el derecho fundamental anterior. En este sentido el principio de contradicción debe entenderse como un mandato dirigido al legislador para que, en las leyes conformadoras de los distintos procesos, éstos queden regulados de modo que se respete el derecho de defensa. Por tanto:

- 1º) Se parte de considerar la contradicción entre las partes como el más eficaz instrumento técnico para garantizar la exacta aplicación del Derecho objetivo en el caso concreto, instrumento puesto, sí, al servicio de las partes pero también en interés general de la Justicia. Se trata aquí de advertir que el legislador entiende que el la mejor manera de llegar a la aplicación correcta del Derecho radica en el pudiéramos considerar método dialéctico, dando a las partes la posibilidad de ofrecer al juez todas las opciones propias de debate. El contraste de las opciones (y con publicidad) es el método que se estima mejor para que el juez pueda decidir.
- 2º) Atiende a que el instrumento técnico se convierte en constitucional, y desde él puede declararse la inconstitucionalidad de la ley que regule el proceso sin respetar el principio, esto es sin que el método sea el dialéctico. Aparte de que el principio puede servir de elemento interpretador de las normas concretas.

En sentido estricto debería decirse que una ley regula el proceso conforme o no con el principio de contradicción, y que en un proceso determinado se ha respetado o no el derecho de audiencia o defensa de las partes. Es decir, el principio de contradicción puede ser vulnerado por el legislador (no por el juez), y conducirá a la declaración de inconstitucionalidad de la norma, mientras que el derecho de defensa puede ser vulnerado sólo por el juez, y llevará a la estimación del recurso previsto en la ley y, en último caso, del recurso de amparo.

3 Igualdad de las partes

Este principio, que completa los anteriores, requiere conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de alguna de ellas. Este principio es autónomo y se integra por dos aspectos:

- 1º) Cabe referirse a la igualdad de los ciudadanos ante la ley procesal, que se vulneraría cuando, sin razones objetivas, la ley dispusiera que unas personas recibieran un trato distinto, tanto a la hora de formular la acusación, como a la de ser acusadas y juzgadas, y es indiferente que ese trato distinto sea perjudicial o beneficioso. Se trata de un aspecto parcial del principio general de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.
- 2º) Después hay que aludir a la igualdad de las partes en el proceso, de las distintas partes, sean acusadoras o acusadas, ante la realización de actos procesales pero ya en un proceso concreto. Conforme a esta igualdad el tribunal ha de actuar reconociendo a todas las partes medios parejos de ataque y de defensa (que es lo que suele llamarse “igualdad de armas”).

Naturalmente esta igualdad tiene especial sentido en la segunda fase o de juicio oral, en la que tiene que ser evidentemente plena, pero admite modulaciones o excep-

ciones en la primera fase o de procedimiento preliminar, por razón de la propia actividad investigadora que en él se realiza. Los problemas de la igualdad suelen provenir de que se desconoce que el Ministerio Público en el proceso no es más que una parte, por lo que no puede atribuírsele legalmente una situación de preponderancia respecto de las demás partes y, desde luego, con sus peticiones no puede vincular al órgano judicial o, por lo menos, no puede hacerlo más que las demás partes. Esto es algo que en nuestro sistema no siempre se respeta, pues a veces la posición del Fiscal es más “fuerte” que la de los otros acusadores.

Entre otras cosas por ello convertir al Fiscal en el instructor de la primera fase contribuiría aún más a consagrar esa desigualdad real. El Fiscal no persigue preparar el juicio; pretende preparar “su” acusación. Si la defensa del acusado dispone de grandes medios económicos nada impide que esa defensa prepare el juicio; pero si como es lo normal la defensa no se cuenta con esos medios el sistema político del procedimiento preliminar en manos del Fiscal conduce necesariamente a la desigualdad.²⁴

V. Delimitación teórica de los dos principios

En los últimos tiempos hemos asistido en Europa, y especialmente en España, a una gran confusión conceptual, con base en la cual todo el proceso penal se ha querido hacer depender de un llamado principio acusatorio, cuyos contornos no han quedado bien delimitados; se ha llegado así a decir, y por altas instancias jurisdiccionales, que es este principio el que provoca en el proceso la contradicción, o que es una amalgama en la que se mezclan todas las garantías del acusado en el proceso. Todo lo “bueno” del proceso se ha referido al principio acusatorio; todo lo “malo” a un llamado proceso inquisitivo. Nos parece evidente que se ha estado operando sin la, por lo menos, conveniente precisión conceptual.

La confusión ha sido especialmente grave en lo que se refiere a la determinación por los acusadores del objeto del proceso y en la determinación por las dos partes del objeto del debate, todo lo cual se ha “amalgamado” con el derecho fundamental de defensa y con la contradicción. Hemos intentado, antes y con reiteración, destacar lo específico

²⁴ No estoy cuestionando ahora quién y cómo debe realizar la etapa previa de investigación o procedimiento preliminar y tampoco estoy cuestionando su naturaleza jurídica. Lo que estoy diciendo es simplemente que si esa etapa se confía al fiscal, el cual trabaja para acusar, y si el acusado no dispone de medios económicos para realizar su propia investigación – que es lo normal – nadie investigará para la defensa. La ventaja del juez instructor es que el mismo debe investigar para acopiar todos los materiales que pueden llegar a tener interés en el proceso, tanto los propios de la acusación como los que favorezcan a la defensa. Sólo cuando alguien ajeno a la acusación y a la defensa realiza imparcialmente la investigación puede hablarse luego de igualdad de las partes en el proceso. Esto es algo que cuando se habla en general del “adversarial system” se quiere eludir y ello se hace de modo consciente; ya en especial cuando se estudia el sistema de justicia penal “adversarial” propio de los Estados Unidos no se acaba de decir con claridad que el sistema acaba siendo una justicia para ricos y en contra de los pobres, es decir, negador radicalmente de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

del principio de contradicción por cuanto ello es presupuesto imprescindible para llegar a entender qué podría, en su caso, formar parte de un pretendido principio acusatorio, y puede que sea ahora de interés ver algunos supuestos para ir delimitando el ámbito de los principios:

- a) Si hacia el final del juicio oral el Ministerio Público, y a la vista del resultado de las pruebas, considerara que la acusación debería haberla formulado también contra otra persona, aparte del acusado inicial, y así lo hiciera expresamente en sus “calificaciones definitivas” (España) en la *modifica della imputazione* (Italia) o en la “ampliación de la acusación” (Alemania), ello comportaría la existencia de acusación por persona distinta del tribunal, con lo que nada obstaría, desde el principio que llaman acusatorio, a que el tribunal tomara en consideración esta ampliación subjetiva de la acusación y condenara en la sentencia a esa otra persona.

Sin embargo, es obvio que esta ampliación subjetiva de la acusación no puede admitirse, y de hecho está prohibida en todos los ordenamientos jurídicos, aunque la razón de ello se encuentra en el principio de contradicción, ante todo, y en el derecho de defensa, después. El principio de contradicción, en cuanto mandato dirigido por la Constitución al legislador ordinario, quedaría desconocido por una ley procesal penal que permitiera la contemplada ampliación subjetiva de la acusación, ley que habría de ser declarada inconstitucional. El derecho de defensa habría sido vulnerado si llegara a condenarse a una persona, en tales circunstancias, en un proceso en concreto.

- b) Si en el inicio de la vista el tribunal, considerando que las partes han “olvidado”, en sus respectivos escritos de acusación o defensa, hacer mención de aspectos fácticos agravatorios o atenuadores y, en todo caso, trascendentes para el íntegro conocimiento del hecho punible, lo advirtiera así a las partes y les manifestara que sobre esos aspectos también ha de versar la prueba y habrá pronunciamiento judicial en la sentencia, ninguna de las partes podría aducir que se había producido una vulneración de su derecho de defensa, pues frente a esos aspectos fácticos las dos partes podrían alegar y probar, pero el tribunal se habría convertido en acusador o en defensor, con lo que estaría desconociendo la distinción entre juzgador y parte.
- c) Si después de la práctica de las pruebas en el juicio oral, el tribunal considerando que los hechos imputados por el Ministerio Público, u otros acusadores, pudieran calificarse conforme a una norma penal distinta y con penalidad más o menos grave (que ello es indiferente) de la aducida por éstos, y procediera a advertir a las partes de esta posibilidad de modo específico, dándoles la oportunidad de alegar en torno a la calificación jurídica, incluso con suspensión de la vista, no podría entenderse desconocido el principio de contradicción por la ley procesal penal que así lo permitiera (caso, por ejem-

plo, del parágrafo 265 de la Ordenanza Procesal Penal alemana), ni vulnerado el derecho de defensa del acusado en el proceso en que así sucediera. Naturalmente, a los efectos de que el tribunal pudiera condenar con base en la norma penal por él sugerida, sería indiferente que alguna de las acusaciones hubiera compartido o no la “tercera opinión” del tribunal. Considerar que en este supuesto el tribunal se convierte en acusador significa desconocer cuál es el objeto del proceso penal, lo que supone el brocardo *iura novit curia* en el ejercicio de la función jurisdiccional y el principio de legalidad penal.

Estamos tratando, simplemente, de evidenciar que no todo puede quedar “amalgamado” en un pretendido principio acusatorio, incluso admitiendo que éste supusiera algo específico en el proceso penal, lo que es mucho suponer. Opinando que este llamado principio ni siquiera tiene sustantividad propia, en el sentido de que no sirve para configurar un proceso de modo individualizado, mucho menos podemos considerarlo como una “amalgama” de principios y de consecuencias jurídicas procesales penales.

Después de tantos años de hablar y de escribir hasta el agotamiento del principio, sistema o proceso acusatorio podemos seguir repitiendo en la actualidad que la expresión (y las similares que contengan la palabra acusatorio) carece de eficacia definitoria y que con la misma no se delimita con precisión un concepto concreto, ni se da precisión a una garantía determinada del proceso penal. Debemos, pues, reiterar una y otra vez que el llamado proceso acusatorio no es mas que un verdadero proceso, con sus principios esenciales, mientras que el llamado proceso inquisitivo no existe como proceso. Hablar hoy de principio acusatorio (o de cualesquiera de las variantes de la expresión en las que se alude a lo acusatorio) carece realmente de precisión técnico jurídica y es sólo una manera de hablar propia de políticos.

VI. Lo “acusatorio” como eslogan político

A lo largo del siglo XIX se puso en marcha una larga evolución que llevó a que el Derecho penal se aplicara por los tribunales y precisamente por medio del proceso, y no de otras maneras. Esta evolución no estaba concluida en Europa cuando las doctrinas de base política totalitaria incidieron decisivamente en esa evolución y lo hicieron para propiciar la aplicación del Derecho penal por medios no precisamente procesales. Los ejemplos pueden ser muchos y van desde los países soviéticos a la Alemania nazi, pasando por el fascismo italiano. En Italia, por ejemplo, es evidente que si el Código de procedimiento penal de 1913 se basaba en el principio de la presunción de inocencia, la situación cambió radicalmente con el Código fascista de 1930 (el Código Rocco).

En la actualidad se están utilizando determinadas expresiones más como “banderas de enganche” o como “eslóganes fuerza” para, en el fondo, querer decir que la idea-garantía de que el Derecho penal se aplique sólo por medio del proceso debe seguir hasta convertirse en realidad. Se ha hablado y se sigue hablando del “debido proceso”,

del “proceso justo”, de “proceso acusatorio” e incluso de “sistema acusatorio”, expresiones todas ellas que si se entienden como políticas pueden admitirse, pero que carecen de verdadero contenido técnico jurídico, pues en el fondo todas ellas se refieren a algo muy simple: el Derecho penal debe aplicarse por medio de un verdadero proceso o, si se prefiere y para decirlo más sencillamente: el Derecho penal se aplica sólo por medio del proceso.

Cuando en las constituciones se recogen ahora garantías procesales que se identifican con la expresión derecho al “debido proceso”, pareciera indicarse que existen dos procesos uno “debido” y otro “indebido”, siendo todos ellos procesos, si bien el derecho de las personas se refiere a la modalidad que se califica de “debido”. De la misma manera decir que se tiene derecho al “justo proceso” supone sostener que hay dos clases de procesos, uno “justo y otro “injusto”. Por este camino se habla de también de “proceso acusatorio” como si existiera otro “proceso” que, no siendo acusatorio, debe ser inquisitivo.

Todas estas expresiones pueden tener sentido político pero parece claro que no tienen un contenido jurídico bien determinado. Si partimos de la idea-fuerza de que una de las conquistas más importantes de la humanidad en el camino de la civilización ha consistido en que las penas sólo se pueden imponer por el Estado, dentro de éste por los tribunales y éstos sólo por medio del proceso, deberemos llegar a concluir que lo que importan son dos cosas:

- 1) Determinar cuándo puede hablarse realmente de la existencia de un tribunal en el sentido verdadero de la expresión, para concluir que los requisitos básicos están en las exigencias de tercero, independiente e imparcial, a las que pueden y deben añadirse otras garantías, las cuales sirven para dar efectividad a los requisitos anteriores (caso, por ejemplo, de la predeterminación por la ley o de la responsabilidad).
- 2) Precisar que sólo cabe hablar de verdadero proceso cuando ante ese tribunal comparecen dos partes, por lo mismo parciales, las cuales han de estar en situación de enfrentadas entre sí, disponiendo del derecho de defensa y estando en pie de igualdad. Luego habrá que ir precisando los principios que conforman lo que es el proceso (que suelen ser garantías procesales constitucionalizadas) y aún los relativos a la forma de los actos procesales o principios del procedimiento.

En este contexto el llamado principio acusatorio, como todas las expresiones en las que aparece la palabra “acusatorio”, caso de “sistema acusatorio” o de “proceso acusatorio”, tienen un sentido exclusivamente político, pues a la hora de precisar científicamente cuál es su contenido jurídico, contenido que debería expresarse en garantía procesal, se cuentan tantos contenido como intentos de explicación pueden leerse. Por ello si todos llegáramos a estar de acuerdo en que “lo acusatorio” expresa un eslogan político no existiría por mi parte renuencia a utilizar esas palabras.